
Crónica de jurisprudencia 2011. Derecho eclesiástico español*

Jorge OTADUY

Profesor Ordinario de Derecho eclesiástico
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
jorotaduy@unav.es

SUMARIO: 1. Enseñanza. 1.1. *Enseñanza de la religión*. 1.2. *Educación para la ciudadanía*. 1.3. *Otros aspectos del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza*. 2. Entidades religiosas. 3. Lugares de culto. 4. Matrimonio canónico (Efectos. Pensión de viudedad). 5. Ministros de culto. 6. Objeción de conciencia (Aborto). 7. Orden público (Poligamia). 8. Profesores de religión. 8.1. *Propuesta del Ordinario y respeto de los derechos fundamentales*. 8.2. *Participación en actividades ajenas a la enseñanza religiosa*. 8.3. *Requisitos para impartir la asignatura*. 8.4. *Profesores de religión no sujetos al mismo convenio colectivo por el que se rige el resto del personal dependiente de la Consejería de Educación*. 8.5. *Modificación de las condiciones de trabajo*. 8.6. *Trienios*. 9. Protección de datos. 10. Protección penal. 11. Régimen fiscal. 12. Símbolos religiosos. 13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

* La numeración marginal corresponde al Repertorio de Jurisprudencia Westlaw de *Thomson Reuters Aranzadi*.

1. ENSEÑANZA

Bajo este epígrafe recojo las resoluciones judiciales relativas al ejercicio del derecho a la formación religiosa y moral del artículo 27.3 CE, y otras que guardan relación con diversos contenidos del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza.

1.1. *Enseñanza de la religión*

También en bachillerato la asignatura de religión debe contar con una materia alternativa. El TSJ Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 22/2011 de 19 enero [RJCA 2011 217]) declara la nulidad de la disposición adicional segunda del Decreto 82/2008, de 25 julio, por el que se establece la estructura y el currículum de bachillerato «porque no se prevé una asignatura alternativa a la clase de religión, lo que entraña vulneración del Acuerdo de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede».

Dicho Acuerdo impone que la asignatura de religión católica disponga de condiciones equiparables, que «no son condiciones idénticas, pero que sí han de ser condiciones equivalentes a las fundamentales. Y esa previsión no puede verse desplazada por la contenida en el Decreto impugnado, norma que abiertamente la contradice al no contemplar alternativa a la enseñanza de religión y otorgar al alumno facultad para permanecer o no en el centro.

»El bachillerato, que constituye enseñanza voluntaria, tal como destaca la Administración, en todo caso, se trata de enseñanza regulada, esto es, sujeta, en lo que interesa, a lo previsto en el Acuerdo de 1979, de manera que, para disponer de las ineludibles –antes y por ahora– condiciones equiparables a las disciplinas fundamentales, al menos, ha de configurarse como optativa, es decir, con alternativa académica».

1.2. *Educación para la ciudadanía*

A lo largo del año 2011 el TS ha dictado centenares de sentencias en respuesta a los recursos presentados por los padres pidiendo que sus hijos fueran eximidos de cursar la asignatura de Educación para la ciudadanía. El Alto Tribunal ha reiterado, con arreglo a la doctrina sentada a partir de febrero de 2009, el deber de cursarla (Pleno del TS, sentencias de 11 de febrero de 2009 [recursos de casación números 905, 948, 949 y 1013/2008], doctrina que se reitera en Sentencia de 6 de mayo de 2010 [Recurso 6193/09] y posteriores de 17 y 21 de diciembre de 2010).

Se han presentado recursos ante el TC y el TEDH. Ante esta última instancia, se acusa al Estado español de violar varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el derecho a la vida privada de los menores, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones y a la no discriminación. Según los objetores, la asignatura tendría como objetivo la formación de la conciencia moral de los alumnos, algo que se considera una lesión grave del derecho originario e inalienable de los padres de elegir la formación moral que deseen para sus hijos.

El reciente anuncio del Ministro de Educación del nuevo Gobierno formado en 2011 de sustituir Educación para la ciudadanía por otra asignatura cuyo contenido esté basado en los valores constitucionales y en el conocimiento de las instituciones españolas y europeas, podría desactivar en gran parte la polémica. Aunque, si no se retiran los recursos presentados, habrá que esperar a las resoluciones de las diversas instancias jurisdiccionales implicadas.

También los TSJ se han visto obligados a continuar pronunciándose sobre objeciones a la polémica asignatura sin novedades dignas de mención (Valencia, Andalucía, Madrid, Galicia, Extremadura).

1.3. *Otros aspectos del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza*

La educación diferenciada por sexos no es una conducta discriminatoria que merezca ser sancionada con la retirada del concierto. Según TSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 564/2011 de 23 mayo [JUR 2011 224805]) «no existe tipicidad alguna de la infracción grave que se le imputa al centro». Constata la Sala la plena constitucionalidad de la educación diferenciada por sexos mediante invocación de «multitud de resoluciones que así lo vienen a reconocer, entre otras, esta misma Sala en la sentencia dictada el 18 de enero de 2001». Cita la L.O 2/2006, de Educación, «que no excluye la educación diferenciada, sino que trata de favorecer la coeducación conjunta de hombres y mujeres, y la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de la UNESCO, que tras proscribir la discriminación por razón de sexo en su artículo 1, señala en el 2 que no existe discriminación en la enseñanza separada por sexos, siempre que se ofrezcan facilidades equivalentes para su acceso, de personal docente, locales y equipo que permitan seguir los mismos programas de estudio o equipamientos». Tampoco en la esfera de la legalidad cabe constatar que la educación diferenciada por sexos vulnere precepto normativo alguno. Las nor-

mas dictadas por la Administración para la admisión de alumnos, a tenor del mandato del art. 84 de la Ley Orgánica 2/2006, no podrían amparar ningún genero de discriminación «mas ello no implica (...) que la educación separada por sexos resulte contraria a la normativa jurídica».

Por su parte, la AP de Gerona (Sección 1ª. Auto núm. 88/2011 de 3 junio [JUR 2011 291908]) se pronuncia, en procedimiento de protección de menores, en contra la educación en el propio hogar (*homeschoolling*). Sostiene el órgano juzgador que «no está permitido legalmente un sistema educativo distinto al presencial en un centro educativo y que la enseñanza en el propio hogar que están recibiendo los menores está al margen de cualquier reconocimiento oficial y del sistema educativo». Pretende encontrar apoyo en la Sentencia del TC, de 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010 133), dictada en Recurso de amparo, según la cual «el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado. Incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos».

El TC se refiere a un caso particular y resuelve en atención a la legalidad vigente, por lo que resulta oportuno que matice seguidamente que la escolarización obligatoria «no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las fun-

ciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo».

Es responsabilidad, en suma, del legislador establecer un sistema de escolarización obligatoria –que es constitucional– u otros de naturaleza flexible.

2. ENTIDADES RELIGIOSAS

El TC (Pleno. Sentencia núm. 118/2011 de 5 julio [RTC 2011 118]) ha venido a resolver en 2011 un conflicto que data de 2002 y que hoy resulta completamente superado por el tiempo, tal es la rapidez con la que se desarrollan los acontecimientos en la vida social y económica y la lentitud con la que operan los órganos jurisdiccionales.

Se discutía la competencia estatal para establecer un régimen diferenciado respecto de las Cajas de Ahorro de fundación eclesiástica. El artículo 8, apartado 15º, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, daba nueva redacción a la disposición adicional segunda de la LORCA en los términos siguientes: «En el caso de Cajas de Ahorros cuyos Estatutos recojan como Entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento, idoneidad y duración del mandato de los representantes de los distintos grupos en los órganos de gobierno se regirá por los Estatutos vigentes a 1 de noviembre de 2002, debiendo respetar el principio de representatividad de todos los grupos. En todo caso, considerando el ámbito del Acuerdo internacional de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos y los principios que recoge el artículo quinto del mismo, y sin perjuicio de las relaciones que correspondan con las Comunidades Autónomas respecto a las actividades desarrolladas en sus territorios, la aprobación de Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de miembros de los órganos de Gobierno y del presupuesto anual de la Obra social de las Cajas de Ahorros cuya entidad fundadora directa según los citados estatutos sea la Iglesia Católica o las Entidades de Derecho Público de la misma, serán competencia del Ministerio de Economía, cuando así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio».

La norma fue impugnada con la alegación de que excedería de la competencia básica estatal *ex artículo* 149.1.11 y 13 CE, invadiendo el ámbito que en la materia tiene reservado la Comunidad Autónoma de Andalucía. El TC sostiene que «el Estado no puede ampararse, por principio, en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados Internacionales pues es

notorio (...) que la dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del artículo 149.1.3 CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas».

Si bien no se declaró la inconstitucionalidad del precepto impugnado, toda vez que había sido ya derogado, sí se hizo notar que «la Comunidad Autónoma de Andalucía es la competente en materia de organización interna de las cajas de ahorros fundadas por la Iglesia Católica que tengan su domicilio en Andalucía, competencia que es la misma que tiene respecto de las demás cajas de ahorros, y siempre sometida, claro está, a lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre dicha materia».

En sentencias sucesivas se resuelven sendos recursos que impugnaban diversas normas de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (Sentencia núm. 138/2011 de 14 septiembre [RTC 2011 138]; Sentencia núm. 139/2011 de 14 septiembre [RTC 2011 139]; Sentencia núm. 151/2011 de 29 septiembre [RTC 2011 151]).

Por otra parte, el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. Sentencia de 7 febrero 2011 [RJ 2011 1151]) resuelve, a propósito del acceso de una confesión religiosa al RER, que no procede la denegación de la inscripción con el argumento de que la entidad –Orden Religiosa Santa María de España– carece de la certificación del órgano superior en España requerida por el Reglamento del Registro, porque no se trata, en realidad, de una entidad dependiente de la Iglesia católica, sino separada de ella y en tal sentido no pertenece a la categoría de las denominadas «entidades menores».

Recojo finalmente una sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª. Sentencia núm. 359/2011 de 20 mayo [RJ 2011 3983]) según la cual la entrega de las retribuciones obtenidas a la organización religiosa de pertenencia no es un contrato de donación y no son aplicables los artículos correspondientes del Código Civil. «La demandante, señala el Alto Tribunal, aceptó un sistema de vida en el seno de una organización y conforme a ella hacía su trabajo, vivía en una residencia y entregaba sus emolumentos. Ello no responde al concepto de liberalidad gratuita como esencia de la donación. Es una entrega de dinero y una aceptación de subsistencia, todo bajo la organización que informaba su vida personal, religiosa e incluso económica. Es un sistema de vida, que no tiene por causa y origen otra cuestión distinta al hecho de la pertenencia de dicha actora a esa concreta organización. Por tanto, no hay infracción de tales artículos porque no son aplicables al presente caso».

3. LUGARES DE CULTO

Me refiero, en primer lugar, a dos resoluciones relacionadas con el ruido generado en locales religiosos. El TSJ Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 67/2011 de 22 febrero [RJCA 2011 229]) se pronuncia sobre el uso de las campanas. Recuerda que el art. 2 de la Ley del Ruido 37/2003, de 7 de noviembre, excluye de su ámbito de aplicación las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos cuando la contaminación acústica producida por aquellos se mantenga dentro de los límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y usos locales.

«No se puede negar el carácter de vecinal del edificio de la Iglesia y sus componentes. No ya es que daten de épocas mas antiguas que el medioevo, sino que se olvida la configuración de Pamplona en particular, en sus burgos en derredor de una iglesia, aunque en este caso date del siglo XV, que no es poco, y para atender precisamente a sus vecinos y dentro del vecindario con sus usos y costumbres y a su servicio; más vecinal no puede ser. Negar esto es desconocer la historia y la realidad social de forma imperdonable y bien lo tiene que saber la parte actora a donde acudió a vivir o a habitar en derredor de la iglesia de su barrio». Con argumentos tan contundentes, la Sala avala el contenido de la Ordenanza Municipal de Niveles sonoros de 1975 que, tras establecer en su art. 16 que con carácter general se prohíbe el empleo de todo dispositivo sonoro con fines de propaganda, reclamo, aviso, distracción y análogo, excluye a continuación de esta prohibición a los casos de alarma, urgencia o tradicional consenso de la población, pudiendo ser dispensada por la Alcaldía mediante autorización expresa en la totalidad o parte del término municipal

No obstante la Sala distingue entre las campanas de iglesias y los relojes a ellas acoplados. «Ante el uso social generalizado del reloj individual (de pulsera, cadena, electrónico, móviles etc.) ya no se hace precisa –argumenta la Sala– esa expansión sonora a 90 decibelios, con lo que en este apartado se puede y debe acomodar el límite sonoro a los términos del Decreto Foral 135/1989». En este apartado, por ende, asiste la razón al recurrente.

La AP de Zaragoza (Sección 4ª. Sentencia núm. 506/2011 de 14 noviembre [JUR 2011 407154] dispone, a la vista del resultado que arroja en su conjunto la totalidad de las pruebas y acreditada la realidad del requerimiento efectuado por el Presidente de la Comunidad de Propietarios demandante, que la iglesia evangélica demandada cese en la actividad prohibida desarrollada en el local de referencia, «consistente en cantar y utilizar instrumentos musicales conectándose a aparatos amplificadores de sonido, aparatos de los que deberán prescindir de forma absoluta, no estimándose procedente, por el

contrario, decretar la privación temporal del derecho de uso del citado local por parte de la citada Iglesia Evangelista, arrendataria del local, como interesaba la parte actora, toda vez que no se ha evidenciado que los actos de culto desarrollados por aquella, una vez excluido el uso de aparatos amplificadores de sonido, generen molestias indebidas a los restantes propietarios o usuarios de viviendas en dicho inmueble».

El Arzobispado de Pamplona, por su parte, pide la declaración de propiedad de una ermita y solicita la nulidad de la inscripción realizada por el Concejo. La parte actora alega posesión inmemorial pero según el parecer del Juzgado de primera Instancia e instrucción de Estella (Sentencia de 31 de enero de 2011 [AC 2011 41]), no acredita la realización de ningún acto posesorio a título de dueño ni su titularidad dominical en virtud de otro título, por lo que se desestima la demanda.

4. MATRIMONIO CANÓNICO (Efectos. Pensión de viudedad)

Alega la recurrente ante TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1124/2011 de 14 abril [AS 2011 1630]) que el matrimonio canónico no inscrito no produciría efectos en relación con la causa de exclusión de la pensión de viudedad contemplada en el art. 11 a) de la OM de 13 de febrero de 1967.

La controversia aquí planteada fue conocida por el TC (Sentencia 199/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004 199], dictada en Recurso de amparo), cuya doctrina se invoca: «si el matrimonio religioso no inscrito tiene plenos efectos para acceder a la prestación de viudedad –argumenta la Sala–, la misma solución ha de darse para todas las circunstancias derivadas de la regulación de la prestación, entre ellas la extinción de la misma. No es posible por tanto entender que un matrimonio religioso no inscrito sin efectos civiles, como reitera la recurrente puede servir de base para el acceso a la prestación de viudedad, y sin embargo no debe tener efecto alguno en orden a la extinción de la misma, esto es, se mantiene la prestación por un vínculo matrimonial previo, aunque se contraigan nuevas nupcias si éstas no han accedido al correspondiente Registro Civil».

5. MINISTROS DE CULTO

No es igual, a efectos de fijar el porcentaje de la base reguladora de la pensión de jubilación, la situación de los clérigos católicos de la de los ministros de culto de la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día de España.

Resuelve el TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 687/2011 de 31 enero [AS 2011 1023]), con referencia a TSJ Madrid (Sentencia de 20 de enero de 1995 [AS 1995 388]) que la diferente solución normativa vigente relativa a clérigos católicos y ministros adventistas es resultado de un itinerario jurídico-legal de largo recorrido que «no puede ser suprimido de un plumazo». Se remonta a la descripción de las normas estatales relativas a la integración del clero católico en el Régimen General de la Seguridad Social, que data de 1977, si bien en la disposición transitoria primera del Real Decreto 2398/1977 se confirió a dichos clérigos la posibilidad de ingresar, a través de la Mutualidad del Clero Español, cotizaciones anteriores al 1 de enero de 1978, fecha de entrada en vigor del Real Decreto y de la propia Orden, «derecho este de carácter retroactivo que no se establece por la Orden de 2 marzo 1987, de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de la Iglesia Adventista, de donde, por cuanto viene de razonarse hasta ahora, no consta que haya existido una Institución reconocida a carácter semejante para otras Iglesias o Confesiones».

La diferencia de trato esgrimida por el recurrente en relación con el colectivo del clero diocesano de la Iglesia Católica, en suma, no constituye un supuesto de discriminación del artículo 14 de la Constitución Española. A estos efectos y como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 88/2001, de 2 de abril (RTC 2001 88), «el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato», cual ocurre con el presente supuesto examinado, correspondiendo a la discrecionalidad del poder público el reconocimiento de las diferencias que estime relevantes introduciendo en la regulación de las mismas las particularidades que estime adecuadas.

6. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (Aborto)

En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (Auto de 29 marzo [RJCA 2011 244]) se instruye pieza separada para resolver la solicitud de suspensión de la resolución mediante la que se denegó a un médico de familia la facultad de inhibirse en materia de información y derivación en casos de aborto. Con las limitaciones que se siguen de un procedimientos de estas características, que impiden un análisis de fondo, el órgano juzgador, con una interpretación de la libertad religiosa reducida a la libertad de la formación de la conciencia, «que no implica, dice, el derecho a exigir la supresión de todo tipo de factores externos que sean susceptibles de condicionarla», se pronuncia en contra de la suspensión solicitada, porque la afectación que la decisión administrativa que ahora

se recurre a la esfera de la libertad de conciencia del médico recurrente –médico del Servicio Andaluz de Salud– «presenta una apariencia de afectación periférica a su derecho a obrar conforme a su conciencia al limitarse su quehacer a una tarea informativa y derivación de la mujer, sin estar implicado directamente en la IVE en los términos ya acotados, que sería el núcleo duro, fuerte, de su protección que no se discute no ha sido afectado.

»Por ello, y poniendo frente a frente esa, todo lo más, afectación periférica del ámbito de la conciencia del recurrente (su interés privado en este caso), médico del sistema público de salud, y el interés público que representa la atención adecuada en el sistema sanitario público en todos los niveles de las mujeres que desean información sobre la IVE, éste ha tener prevalencia, por lo que la pretensión cautelar ha de ser desestimada».

7. ORDEN PÚBLICO (Poligamia)

La poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres y no es admisible en España en virtud del orden público. Según el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Sentencia de 13 junio [RJ 2011 5259]) «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”».

Advierte la Sala, finalmente, que «la situación no puede obviarse por la sola circunstancia de que el matrimonio de la solicitante de hecho permanezca monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, pues también es un hecho que la misma sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de nuestra sociedad al respecto».

En el mismo sentido se pronuncia el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Sentencia de 13 junio [RJ 2011 5259]), añadiendo que

a la prohibición de la poligamia en España «no puede oponerse eficazmente la existencia de la legislación senegalesa, que regula la opción (sólo para los hombres) de la poligamia, régimen que considera de derecho común, por las razones contenidas en la sentencia del Alto Tribunal; además, el solicitante contrajo matrimonio en su país cuando ya llevaba varios años residiendo en España y conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, pese a lo cual optó por la poligamia y ha mantenido inalterado ese régimen, que puede ser voluntariamente cambiado por la opción monogámica; tampoco la adquisición de la nacionalidad española supondría *de iure* una renuncia a la opción, como se dice en la demanda, ni menos aún puede admitirse que en la sociedad española actual esté muy extendida la bigamia».

La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Sentencia de 5 abril 2011 [JUR 2011 134086]) resuelve en un caso de denegación de nacionalidad por poligamia que «el demandante era polígamo en el momento de presentar la solicitud de la nacionalidad española, sin que una eventual sentencia de divorcio posterior pudiera enervar aquella realidad poligámica al tiempo de incoarse el procedimiento administrativo, de tal manera que, conforme a la transcrita doctrina legal, es de entender que el recurrente no cumplía el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española. Procede añadir que la garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto tiene los límites necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, de se impone la desestimación del recurso».

8. PROFESORES DE RELIGIÓN

Como resulta habitual en esta crónica de resoluciones judiciales sobre materias propias del Derecho eclesiástico español, es en el capítulo dedicado a los profesores de religión en el que se encuentra una mayor variedad y complejidad de supuestos conflictivos.

Expondré la materia en seis epígrafes. El primero se dedica a los casos que presentan implicaciones con el ejercicio de derechos fundamentales. Los dos siguientes versan sobre aspectos controvertidos acerca de los requisitos para alcanzar la condición de profesor y para el ejercicio de determinadas facultades. Los tres últimos epígrafes tratan acerca de cuestiones de índole estrictamente laboral.

8.1. *Propuesta del Ordinario y respeto de los derechos fundamentales*

El Pleno del TC (Sentencia núm. 51/2011 de 14 abril [RTC 2011 51]) resolvió Recurso de amparo contra la Sentencia dictada el 13 de diciembre de

2001 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería en autos por despido y contra la Sentencia de 23 de abril de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Granada), dictada en el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior. La actora, profesora de religión, no fue propuesta para impartir la asignatura en el curso 2001/2002 por haber contraído matrimonio civil con un divorciado.

El *dubium* se expresa, según las palabras del propio Tribunal, en los siguientes términos: «si la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002, haciendo así desaparecer el presupuesto esencial de idoneidad que le permitía seguir desempeñando ese trabajo mediante una nueva contratación por parte de la Administración educativa española, encuentra cobertura en el derecho fundamental a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia católica (art. 16.1 CE), en relación con el deber de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.3 CE), o si, por el contrario, tal decisión de la jerarquía eclesiástica vulnera el derecho fundamental de la demandante a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la Ley (art. 32 CE), y asimismo en relación con su derecho a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), y su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que se configura como un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1 CE)».

Reconoce el Tribunal que la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 responde a una razón cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada, la cual, a juicio de la autoridad eclesiástica, resulta determinante de su falta de idoneidad para impartir dicha enseñanza, como consecuencia de la discordancia de la conducta de la demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica en relación con el matrimonio.

Se admite, asimismo, que corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado la definición del propio credo religioso, así como el concreto juicio de idoneidad sobre las personas que han de impartir la enseñanza de dicho credo, permitiendo la Constitución que este juicio «no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente», sino también «que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la co-

munidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia» (Sentencia TC 38/2007, de 15 de febrero, F. 7). Por el contrario, no existe dato alguno que permita afirmar que en este caso la no propuesta de la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas se haya debido a motivos o criterios ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa de la Iglesia católica.

Sin embargo, «este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católicas, por las razones que seguidamente se exponen. La circunstancia de que la demandante hubiese contraído matrimonio civil aparece por completo desvinculada de su actividad docente, pues no se le imputa en modo alguno por el Obispado de Almería que en sus enseñanzas como profesora de religión y moral católicas haya incurrido en la más mínima desviación de los contenidos de tales enseñanzas establecidos por la Iglesia católica (lo que excluye, a su vez, cualquier posible afectación del derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos que garantiza el art. 27.3 CE), sino que la falta de coherencia con la doctrina católica sobre el matrimonio que le reprocha el Obispado a la demandante lo es en relación con una decisión tomada por ésta en el legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, derecho que implica la consiguiente libertad de elección del cónyuge (elección que, dadas las circunstancias concurrentes, obligaba a acogerse necesariamente a la forma civil del matrimonio). Y todo ello sin que en ningún momento se afirme, por otra parte, que en su actividad docente como profesora de religión la demandante hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica en relación con el matrimonio, o realizado apología del matrimonio civil, ni conste tampoco en modo alguno que la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (constando, por el contrario, que la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio)».

El Tribunal concede el amparo y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Almería, para que este órgano judicial dicte nueva sentencia, cosa que efectivamente hace (Sentencia de 3 de mayo de 2011 [AS 2011 1151]), en el sentido de que la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la actora para que fuera contratada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte como profesora de religión y moral católicas en el curso escolar 2001/02 supuso una vulneración de sus derechos fundamentales. «Si la única causa para la no renovación de la demandante como profesora de religión y moral cató-

licas –afirma– era que la misma había contraído matrimonio civil con una persona divorciada, es decir un motivo totalmente ajeno a la actividad docente desempeñada, esta claro que dicha decisión supone no solo una vulneración de su derecho fundamental a la libertad ideológica consagrado en el art. 16 CE conectado con el derecho a contraer a matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE), sino un también trato discriminatorio por razón de matrimonio que viola el derecho fundamental a la igualdad recogido en el art. 14 de la CE y un atentado al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la trabajadora (art. 18.1 de la CE)».

Procede a continuación a determinar los efectos que esta falta de propuesta producen en la posterior falta de contratación por parte de Ministerio de Educación para impartir clases de religión y moral católicas y si la misma ha de calificarse o no como un despido. Sostiene que «la falta de propuesta por parte del Ordinario diocesano y la no renovación de un contrato de trabajo de un profesor de religión y moral católicas cuando se produce con vulneración de los derechos fundamentales de dicho profesor equivale a un despido que debe ser declarado como nulo en virtud de lo dispuesto en el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores». Señala finalmente que en la fecha en la que se produjo el despido de la demandante quien proponía el nombramiento de los profesores de religión y moral en Almería era el Obispado de Almería, pero quien luego contrataba, daba de alta en Seguridad Social y pagaba sus retribuciones a estos profesores era el hoy Ministerio de Educación y donde se impartían las clases eran colegios dependientes de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. Por lo tanto «la resolución dictada afecta a los tres demandados ya que los mismos participaban de una u otra manera en el desarrollo de la relación laboral de la demandante y en consecuencia procede condenar a los tres demandados a estar y pasar por la declaración de nulidad del despido de la actora a los efectos legales pertinentes. Pero no obstante lo anterior hay que establecer que quien realmente actuaba como empresario en el despido de la trabajadora era el Ministerio de Educación y Cultura y Deporte y por lo tanto es a dicho organismo a quien se debe condenar a readmitir a la trabajadora en su anterior puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido y al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar».

Por su parte, el TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 1788/2010 de 21 diciembre [AS 2011 1091]) conoció Recurso de suplicación contra la sentencia que estimó despido nulo la no contratación de la actora como profesora de religión católica para el curso 2008-2009.

La actora viene accionando año tras año desde el curso 2001/2002, debido a la negativa del Obispado a contratarla a raíz –según sostiene– de su participación en la huelga y conflictos laborales que entonces se suscitaron entre los profesores de religión y el Obispado. El TSJ justifica la interposición de la demanda cada año con el argumento de que «la eficacia de las sentencias estimatorias dictadas en litigios en los que se invoca lesión de derechos fundamentales no se proyecta únicamente respecto de los hechos pretéritos que fueron objeto del proceso, sino que se extiende de algún modo hacia el futuro, por lo menos para privar de eficacia a los actos obstativos del derecho constitucional preservado, siempre que se produzca una nueva lesión del mismo derecho en vicisitudes sucesivas de la misma relación jurídica que fue enjuiciada en la sentencia».

La Sala invoca jurisprudencia del TS (sentencias de 2 de febrero [RJ 2009 2178] y 22 de octubre de 2009 [RJ 2009 7717]) confirmando sentencias de la Sala canaria en causas anteriores promovidas por la actora, dictada en aplicación de doctrina del TC, según la cual el sistema de selección y contratación del profesorado de religión previsto en los Acuerdos con la Santa Sede no son contrarios por sí mismos a la Constitución española, sin perjuicio del control jurisdiccional de las decisiones que puedan producirse en la aplicación de estas normas, según conocida doctrina de este Tribunal.

A partir de tales posturas, el TS confirmó la sentencia del TSJ de Canarias, razonando que «el Obispado de Canarias, tras la aportación de un panorama lesivo por parte del trabajador, ha omitido toda explicación justificativa de su conducta, contraviniendo así la jurisprudencia constitucional».

La Sala de suplicación no admite que los nuevos requisitos establecidos en 2007 por la Conferencia Episcopal Española para la idoneidad del profesorado de religión católica pueda modificar la decisión, porque no se destruye el panorama vulnerador ofrecido pues, de un lado, «las normas no pueden interpretarse entendiendo que autorizan la vulneración inmotivada de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos», y, de otro, «no cabe que el Obispado escude su conducta infractora en la falta de DECA y DEI cuando su concesión a él le compete y si no se concede es precisamente por la participación activa de la actora en los conflictos laborales y el ejercicio de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales».

8.2. *Participación en actividades ajenas a la enseñanza religiosa*

En un supuesto que ilustra elocuentemente la animosidad contra la enseñanza religiosa escolar existente en determinados ambientes, se impugna

(TSJ Galicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 45/2011 de 26 enero [RJCA 2011 220]) la facultad de intervenir a los profesores de esta asignatura en actividades ajenas a la enseñanza religiosa porque supondría una «vulneración del principio de aconfesionalidad del Estado al ser inseparable en dichos funcionarios su faceta de catequistas de un determinado credo, así como el derecho fundamental a la libertad religiosa del artículo 16 CE, careciendo, a mayores, de la oportuna habilitación legal ya que, ni las normas legales que disciplinan la materia, en concreto las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley 2/2006, de 3 de mayo de Educación, ni el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, contienen referencia alguna a la posibilidad de que los profesores de religión puedan llevar a cabo funciones diversas de aquellas que determinaron su contratación que, a tenor de la disposición adicional tercera, apartado 1 del texto legal citado, quedarían constreñidas a la enseñanza de las religiones».

La Sala recuerda el contenido del artículo 3 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales según el cual «los profesores de religión formarán parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos Centros». El hecho de que sean contratados para la impartición de enseñanza religiosa «no significa que sean inhábiles para la realización de funciones docentes diversas ni que hayan de contar con habilitación específica para llevarlas a cabo». No cabe rechazar el precepto impugnado «por el mero riesgo de que en su labor de tutoría o dinamizadora el profesor de religión se pudiera dedicar al adoctrinamiento», ni procede presumir que «fuera de las clases de religión el profesor de religión se iba a dedicar a una labor de captación y difusión de sus propias creencias». Concluye la Sala que «las causas que el sindicato recurrente aduce constituyen simples sospechas de sectarismo que en abstracto carecen de fundamento» así como que se parte «de la premisa falsa de considerar indisoluble su faceta de empleado público con la de catequistas de un determinado credo religioso».

8.3. *Requisitos para impartir la asignatura*

El TS (Sala de lo Social, Sección 1ª. Auto de 22 marzo 2011 [JUR 2011 175503]) decide la inadmisión del recurso de casación frente a sentencia que declaró la procedencia del despido de un profesor de religión por carecer de título legalmente exigido como requisito para la impartición de la enseñanza religiosa escolar. La sentencia de contraste invocada no era adecuada, porque se refería a un profesor no propuesto por la autoridad eclesiástica para el siguiente curso escolar, y se planteaba si el carácter temporal

de la relación laboral y la vinculación de la renovación del contrato a la propuesta del Obispado puede prevalecer frente a la tutela de derechos fundamentales, cuyos indicios de vulneración habían quedado acreditados, «mientras que en la sentencia recurrida, el demandante, también profesor de religión ha venido siendo contratado ininterrumpidamente mediante contratos temporales hasta que adquirió la condición de indefinido en el año 2007, siendo objeto de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida al estimar la Administración que no reúne la titulación requerida para impartir la específica materia. Y en la que se analizan los requisitos legales que autorizan a realizar el trabajo y las consecuencias de su ausencia, aunque el trabajador reúna los conocimientos y la habilidad, y ello al amparo de la normativa específica (DA 3ª LO 2/2006 y RD 696/2007)».

Por otra parte, el TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Sentencia de 3 de mayo de 2011 [JUR 2011 269691]) reconoce que el Ordinario, supuesta la titulación legal del candidato, no se encuentra obligado a aplicar una estricta ponderación de méritos para cubrir una vacante de profesor de religión: «la valoración se abre a una serie de cualidades y de circunstancias personales que determinan que la autoridad eclesiástica considere idónea a la persona que propone para la ocupación de dicho puesto. La Administración educativa, constatado el cese en el transcurso del curso escolar del profesor que tenía asignado un horario del 100%, nombró como interino a la persona propuesta por la autoridad eclesiástica y no ha conculcado los derechos fundamentales alegados por la apelante».

8.4. *Profesores de religión no sujetos al mismo convenio colectivo por el que se rige el resto del personal dependiente de la Consejería de Educación*

El TS (Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia de 9 febrero 2011 [RJ 2011 2724]) reitera que el colectivo de profesores de religión no se encuentra sujeto al convenio colectivo del resto del personal dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía.

La cuestión que dio origen al recurso se refería a elecciones sindicales. La parte actora proponía convocatorias separadas para el personal dependiente de la consejería y los profesores de religión. La Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio (relativa a las normas que rigen la convocatoria de elecciones) no deja lugar a dudas de que una excepción clara a la regla de definición de centro por territorio y por dependencia es la de no compartir convenio colectivo. La interpretación jurisprudencial se inclina a atribuir al

colectivo de profesores de religión la condición de no estar sujeto al mismo convenio colectivo por el que se rige el resto del personal dependiente de la Consejería de Educación, conclusión que, en tanto subsista la normativa por la que se rigen los profesores de religión, debe mantenerse.

8.5. *Modificación de las condiciones de trabajo*

El TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia núm. 295/2011 de 9 febrero [AS 2011 840]; y en el mismo sentido, sentencias de 1 de febrero [AS 2011 1098] y de 22 de febrero [JUR 2011 87471], de la misma Sala) no admite la modificación unilateral por parte de la Administración de la jornada laboral de los profesores de religión. Califica como común y no especial la relación laboral de estos trabajadores, que no puede estimarse al margen del ET, incluidas las normas relativas a modificación de las condiciones de trabajo (art. 41).

Alega la Administración demandada que, «tras la firma de los contratos de 1 de septiembre de 2007, debida a la aplicación de la nueva normativa, las partes iniciaron una relación laboral nueva y distinta de la anterior, produciéndose así una novación de los contratos que, por disposición de la nueva normativa, lo es en los términos previstos en el Real Decreto 696/2007, y que, por ello, la Administración puede modificar la jornada al comienzo de los sucesivos cursos escolares porque así se lo permite el artículo 4.2 del citado Real Decreto, pero tal alegato no es sostenible».

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de contratación a la que hubieran estado vinculados los docentes antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, «con la publicación de ésta pasan, de forma automática y sin necesidad de celebrar un nuevo contrato, es decir, sin constituir una nueva relación laboral diferente a la que venían disfrutando –salvo por su carácter de indefinida–, a ser considerados como trabajadores por tiempo indefinido, con la misma jornada completa que tenían, con los derechos y deberes inherentes a tal condición, entre los que destaca –por no estar expresamente excluido– el derecho a que las modificaciones sustanciales de su relación laboral estén, primero, motivadas por la Administración –lo que ésta no ha hecho en el presente caso, adoptando su decisión sin causa justificada– y, segundo, que se sigan para ello los trámites del artículo 41 ET, tampoco excluidas por dicha normativa de forma expresa, y, además, conforme a lo previsto en el artículo 12.4 e) ET que establece el carácter voluntario de la modificación de los contratos para los que como el actor lo tienen a tiempo completo».

8.6. *Trienios*

El TS (Sala de lo Social, Sección 1ª. Auto de 9 marzo 2011 [JUR 2011 114907]) no admite el recurso de casación interpuesto por la Administración contra la Sentencia que estimó la pretensión formulada por profesores de religión católica de percibir trienios computando todo el período de servicios prestados y no únicamente desde que adquirieron la condición de laborales indefinidos en 2007.

La LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, equiparó a efectos retributivos a los profesores de religión a los funcionarios interinos, (DA 3ª). La Ley Reguladora del Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP), de 2007, reconoció el derecho a percibir trienios a los trabajadores que estuvieran empleados a la entrada en vigor del mismo (art. 25.2), que podían reclamar los efectos retributivos de los trienios generados durante toda la relación jurídica; y ello con independencia de que, tras la entrada en vigor del RD 696/2007, sea aplicable al profesorado de religión el ET y no el EBEP.

La sentencia de contraste que se invoca en el recurso de casación para unificación de doctrina –del TSJ de Asturias– no presenta la contradicción pretendida, pues en la referencial concurre un dato esencial que no consta en la sentencia impugnada, cual es que el Convenio colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias excluye de su ámbito de aplicación –art. 2– a los profesores de religión católica. Según ET, el reconocimiento de trienios no es elemento consustancial al contrato de trabajo sino que debe venir establecido por Convenio colectivo o contrato individual.

9. PROTECCIÓN DE DATOS

Los libros parroquiales (según TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Sentencia de 4 febrero [RJ 2011 557]) no pueden entenderse constitutivos de un fichero en el sentido que regula Ley Orgánica 15/1999, ni el dato que en los mismos se refleja, es inexacto, o no puesto al día o incompleto.

En relación con lo primero se afirma que «no cabe entender que los libros parroquiales, que no tienen naturalmente la definición de recopilación de datos automatizados, sino manual, respondan al concepto de archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas y que permita acceder fácilmente a dichos datos y esa sea precisamente la finalidad a la que obedece su estructura, más aún si se tiene en cuenta el dato específico cuya actualización o corrección se pretende por el interesado, cual es la permanencia o abandono de la religión católica, pues en ningún caso los libros de bau-

tismo constituyen una relación de miembros de dicha religión ni acreditan la permanencia en la misma de quienes fueron bautizados». Idéntica conclusión cabe obtener a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, art. 5.1.

Además, el dato que en los mismos se refleja no es inexacto, o no puesto al día o incompleto: «los datos conservados en el libro de bautismo no hacen sino reflejar el hecho histórico de la realización de dicho bautismo en una fecha determinada y con respecto a una persona identificada, con los demás requisitos previstos en el Código de Derecho Canónico, en ningún caso (...) se configuran los libros de bautismo como una relación de católicos o personas pertenecientes a la religión católica y mucho menos como un fichero o relación actualizada de aquéllos por lo que carece de objeto pretender actuar sobre tales libros a efectos de hacer constar el abandono de la religión católica con el único objeto de actualizar una relación de miembros de dicha religión que no es tal. La declaración de apostasía por parte del interesado no altera la circunstancia de que aquel hecho del bautismo se produjo y el dato referido al mismo es exacto, afectando dicha apostasía exclusivamente, en cuanto supone el rechazo total de la fe cristiana conforme al canon 751, a los derechos del interesado, sin que esté prevista la práctica de anotación de la misma en el libro de bautismo o registro en cualquier otra forma en libros parroquiales».

Ilustra la Sala las dificultades que pueden presentarse para obtener información sobre el bautismo con ejemplos más o menos significativos desde el punto de vista canónico: «a tal efecto, ha de tenerse en cuenta que, conforme al canon 230 del Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983, cabe incluso la administración del bautismo por laicos, sin perjuicio de que, de conformidad con el canon 530, ordinariamente dicha función corresponde al párroco, si bien el canon 857 permite la administración del bautismo en una iglesia u oratorio, que no necesariamente debe de coincidir con la iglesia parroquial propia, entendida ésta como la de los padres, ya que conforme a dicho canon puede existir causa justa que aconseje otra cosa, según ratifica el canon 859, llegando a permitir el 860 la Administración, en caso de necesidad, en casas particulares, y, con autorización del Obispo diocesano, incluso en hospitales, lo que podrá realizarse, en caso de concurrir caso de necesidad o cuando lo exija otra razón pastoral».

El principio de inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos del artículo 1.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979 (según TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Sentencia de 10 noviembre [RJ 2011

7251]) no protege a las entidades eclesíásticas, en este caso la Región de España de la Prelatura personal del Opus Dei, frente a una reclamación de cancelación de datos. La Sala no revisa la tesis formulada en sentencias anteriores relativa a que «los archivos y registros relacionados en dicho artículo del Acuerdo Internacional se encuentran protegidos de cualquier intromisión procedente del Estado y resultan inviolables frente al mismo. Ahora bien, tal inviolabilidad no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE, en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona. La solución inversa a la expuesta, que postula el recurrente, equivaldría a reconocer una superioridad de la norma contenida en un Tratado, frente a la norma constitucional».

10. PROTECCIÓN PENAL

El TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 94/2011 de 4 febrero [RJ 2011 473]) revisa una resolución de sobreseimiento y archivo de procedimiento de diligencias previas incoadas por delito de detención ilegal. Los hechos no se consideraron constitutivos de delito de detención ilegal por parte de agentes de policía. El detenido había sido denunciado, y no por primera vez, por acudir a la mezquita para interrumpir las oraciones y molestar a los fieles. El hecho, afirmado como cierto por el denunciante, tenía en principio los caracteres de delito previsto en el 523 del Código Penal, penado con prisión de hasta seis años cuando la perturbación de los actos religiosos se comete en lugar destinado al culto. La identificación del denunciado por parte de quien acudió a la policía a denunciar el comportamiento perturbador señalaba al luego detenido como el autor de esa acción. Y finalmente la inicial comparecencia voluntaria del denunciado en la comisaría de policía no era incompatible con una muy razonable duda sobre su futura comparecencia cuando fuere llamado por la autoridad judicial dado que el domicilio facilitado por el denunciado no era exacto y ello justificaba desconfiar de su futura localización.

La AP de Madrid (Sección 5ª. Auto núm. 1910/2011 de 3 mayo [JUR 2011 240109]) no advierte indicios de que la conducta denunciada pueda ser constitutiva de un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, del artículo 511.1 y 3 del Código Penal. La Guardia Civil impidió el paso a la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos a personas que portaban ramos de flores, conformados por claveles rojos y amarillos que se encontraban entrelazados por una pequeña cinta con los co-

lores de la bandera española, de acuerdo con las instrucciones establecidas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 52/2007, de la Memoria Histórica, según el cual «el Valle de los Caídos se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos. En ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas o del franquismo».

Atendidas tales previsiones legales y las circunstancias de los dos actos reivindicativos que se iban a desarrollar en el lugar sostiene la Sala que «ni las instrucciones dadas por la Comandancia de la Guardia Civil ni las precauciones adoptadas por los agentes de la misma supusieron vulneración alguna de la libertad ideológica de los denunciantes, pues no se les prohibió la entrada en la Basílica del Valle de los Caídos para participar en la misa que se iba a celebrar, sino que se impidió que el acceso ese concreto día se hiciera con símbolos que pudieran ser interpretados como exaltadores de uno de los dos bandos que se enfrentaron en la Guerra Civil, restricción que en modo alguno puede ser entendida como un exceso merecedor del reproche penal, por cuanto que perseguía exclusivamente salvaguardar la protección legal del Valle de los Caídos y evitar alteraciones del orden público, constituyendo el orden público, como antes hemos señalado, la única limitación constitucional del derecho a la libertad ideológica, religiosa o de cultos».

La AP de Valladolid (Sección 2ª. Auto núm. 251/2011 de 9 junio [JUR 2011 246160]) revoca el Auto de instancia que acordaba la admisión a trámite de la querella formulada por presunto delito contra los sentimientos religiosos en concurso con un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias, imputándose también un delito de injurias y un delito de amenazas, todo ello con referencia al espectáculo realizado en la Universidad de Valladolid, de lo que se sigue el sobreseimiento y archivo de la causa penal.

Argumenta la Sala que los hechos denunciados no revisten caracteres de ilícito penal porque se trata «de una mezcolanza de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE); pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como reflexiones o juicios subjetivos discrepantes con determinadas creencias religiosas, sin que se advierta un contenido que fomente el odio o escarnio de la religión católica ni frente a quienes la profesan, y sin que sea inferible un específico dolo de escarnecer o lesionar los sentimientos religiosos

de los católicos, ni el ánimo de calumniar o injuriar a personas o colectivos de personas determinados».

Se recurre en apelación ante la AP de Madrid (Sección 17^a. Auto núm. 809/2011 de 29 julio [JUR 2011 315574]) la decisión del Instructor de acordar el sobreseimiento provisional del procedimiento seguido por denuncia del delito de escarnio. Se desestima el recurso. La acción típica del artículo 525 CP consiste en hacer escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, haciéndolo públicamente, de palabra, por escrito o por cualquier otro documento. Pero el precepto exige además un elemento subjetivo del injusto: que la acción se realice para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. Tal y como se explica en la resolución recurrida, ese elemento es el que no concurre en este supuesto. «Si para integrar el tipo delictivo –arguye la Sala– sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinados destinatarios, como parece bastarle al magistrado *a quo*, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, a los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquellos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido. Aun cuando admitiéramos que esa composición de imágenes y el texto fuese una afrenta o insulto además, se exige que el escarnio afecte a dogmas, creencias ritos o ceremonias de una confesión religiosa. El proceder utilizado para realizar esa crítica nos parece tan burdo como simplista y carente de cualquier virtud intelectual apreciable, pero ni la fotografía ni el texto cuestiona directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa o, incluso, con poca devoción en la ciudad, cuestión que, al parecer, es lo que pretende resaltar el autor sin darse cuenta de que las numerosas faltas de ortografía que contiene el texto bastaría para escandalizar a cualquier lector sin necesidad de ningún añadido más. En definitiva, en ningún caso advertimos que la intención del autor vaya más allá de una crítica burda e innecesaria, acción que, a nuestro entender, no integra el tipo penal del art. 525 del Código Penal».

11. RÉGIMEN FISCAL

La Orden EHA/3958/2006, de 28 de diciembre, por la que se suprime la exención del IVA en favor de la Iglesia católica, según el TSJ de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Sentencia núm. 78/2011, de 11 febrero [JUR 2011 134235]), no vulnera el principio de reserva de ley, ya que «la renuncia a la exención procede de un nuevo instrumento internacional, concretamente un Canje de Notas de fecha 22 de diciembre de 2006, por lo que el principio de legalidad se encuentra cumplido de forma escrupulosa, sin que la Orden Ministerial de diciembre de 2006 constituya el instrumento normativo que recoge la supresión de la exención, sino que esta exclusión por renuncia procede de un Acuerdo entre los dos Estados, alcanzado en cumplimiento de las prescripciones de un Tratado Internacional».

Responde también al problema de la aplicación transitoria de la norma: «como se desprende de la solicitud de exención presentada el 22 de diciembre de 2006, las obras de ampliación y rehabilitación se habían iniciado, pero no finalizado a fecha 1 de enero de 2007; es decir, se trata de operaciones no realizadas. No resulta de aplicación el régimen anterior a la vigencia del Canje de Notas de 22 de diciembre de 2006».

En relación con el mismo impuesto, la Dirección General de Tributos (Consulta vinculante. Resolución núm. 326/2011 de 14 febrero [JUR 2011 113865]) aclara que las casas residenciales para religiosos (conventos) «tienen la consideración de vivienda a efectos de la aplicación de lo establecido en el 91.Uno.2.15º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en cuanto a las ejecuciones de obra de renovación o reparación que se realicen en dichos edificios. Se aplicará el tipo reducido del 8%». Cita resoluciones de 13 de febrero de 2003 (Nº O212-03) y de 26 de julio (Nº V1740-10) y 11 de noviembre de 2010 (Nº V2418-10).

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid (Sentencia núm. 253/2011 de 26 mayo [JUR 2011 284654]) reconoce el derecho a la exención del impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), a la Congregación religiosa, por una actuación en un colegio de su propiedad. No hay duda del alcance y aplicación concreta de la exención en sí, que reconoce la citada Orden EHA de 5 de junio de 2001(modificada por Orden EHA 2814/09, de 15 de octubre), por la que se aclara la inclusión del ICIO en la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos. La demandada cuestiona la legitimidad de la recurrente porque la Congregación y el Colegio tienen dos CIF diferentes, siendo éste titular catastral del bien, por lo que aquélla no está le-

gitimada para accionar contra tal actuación municipal, siendo así además que la titularidad dominical del inmueble aparece a favor de un tercero en el Registro de la Propiedad.

Según el parecer de la Sala «el colegio, en cuanto tal, carece de personalidad jurídica propia, siendo propiedad y explotación de la actora, lo que no se debate en autos, aun cuando ciertamente tenga un CIF diferente de aquélla, lo que es cuestión diferente y posible en términos jurídicos. En efecto, así resulta de lo dispuesto en el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

«No obsta a lo anterior que, en función del diferente CIF que tienen ambos, la devolución impositiva se realice al Colegio, en cuanto dependencia de la actora, con CIF distinto de la casa matriz (persona jurídica), por así decirlo».

Ante el TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Sentencia núm. 1687/2011 de 12 julio [JUR 2011 324197]) se impugna la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional que no estimó de aplicación la exención prevista en el art. 45.I.B.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que la entidad religiosa reclamante alegaba.

El art. 4 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede reconoce ciertamente en favor de la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y congregaciones religiosas y los institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas «la exención total de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y transmisiones patrimoniales, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad». Pero, a través del acto que constituyó el hecho imponible del impuesto –la formalización en escritura pública de la división y cesión formal de un terreno a una entidad local– la entidad demandante no adquirió ningún bien ni derecho, por lo que difícilmente puede afirmarse que se cumpla ninguna de las finalidades que el Acuerdo menciona. La posterior transmisión inmobiliaria, si su producto se destinara a los fines señalados por la norma, podría dar lugar a una exención, pero constituiría el hecho imponible de otro tributo.

Cabe reseñar, finalmente, que ante la Dirección General de Tributos (Consulta vinculante. Resolución núm. 21/2011 de 12 enero [JUR 2011

59814]) se planteó si la entidad consultante –Congregación religiosa, fundada en 1839, al servicio de los ancianos, pobres y enfermos que no disponen de los elementos necesarios para vivir– podría acogerse a las exenciones y beneficios fiscales previstos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. «Es claro que si la entidad consultante se encuadra dentro del ámbito de los entes comprendidos en el artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede, le resultará de aplicación directa el régimen fiscal especial de los títulos II y III de la Ley 49/2002, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional novena de la norma».

12. SÍMBOLOS RELIGIOSOS

Con la Sentencia del TC dictada en Recurso de amparo (Sala Segunda. Sentencia núm. 34/2011 de 28 marzo [RTC 2011 34]) concluye el recorrido del caso del patronazgo de la Inmaculada sobre el Colegio de abogados de Sevilla. Se sostenía la inconstitucionalidad del art. 2.3 de los Estatutos del Colegio que, tras declarar su carácter aconfesional, añade: «si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada». Este inciso final se califica en la demanda como lesivo de la libertad religiosa del recurrente (art. 16.1 y 3 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Por extensión, esta queja alcanza a la Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 23 de abril de 2004, que declaró la adecuación a la legalidad de los mencionados Estatutos; así como a las resoluciones judiciales que desestimaron el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la mentada Orden.

El Tribunal descarta la afectación de la dimensión objetiva de la libertad religiosa del recurrente, habida cuenta que la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio de Abogados de Sevilla; y que, precisamente con el propósito de evitar interpretaciones como la que sostiene el recurrente, se incorporan al precepto dos afirmaciones que de otro modo serían innecesarias: la declaración de aconfesionalidad del Colegio y el origen del patronazgo, esto es, la tradición secular.

Por lo que antecede, dice, «procede rechazar la demanda de amparo en este punto; cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos».

Por lo que se refiere a la vertiente subjetiva del derecho de libertad religiosa, advierte el Tribunal que el recurrente no acertó a razonar convincentemente en qué medida se vio afectado su ámbito íntimo de creencias, debiéndose recordar que, según resulta del art. 41.2, el recurso de amparo procede contra la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales y no contra lesiones simplemente temidas de tales derechos, por lo cual esta queja debe ser rechazada).

Los Estatutos no consagran una desigualdad al primar las creencias religiosas de un determinado grupo, imponiéndolas al resto y discriminando a quienes mantienen otras creencias o carecen de ellas. La norma colegial impugnada no menoscaba la neutralidad religiosa del Colegio de Abogados de Sevilla ni la dimensión subjetiva de la libertad religiosa de sus miembros, por lo que queda desprovista de sustento la queja referida a la infracción del art. 14 CE, que proclama la igualdad ante la Ley de todas las personas y prohíbe cualquier discriminación por razón de religión.

«La posibilidad de que la Corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo –concluye– que sólo a la Corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE), considerando cuáles son las señas de identidad que de forma más oportuna o conveniente cumplen la función integradora o representativa buscada, o lisa y llanamente, satisface o responde mejor a las sensibilidades y preferencias de diversa índole de quienes con su voto mayoritario contribuyan a la aprobación de los elementos representativos de la institución y que, en tanto se configuren como tradiciones, han de gozar de la protección pretendida por el preámbulo de nuestra Constitución».

Por otra parte, tras la primera sentencia *Lautsi* contra Italia (2009) del TEDH, pudo apreciarse en España una cierta movilización de organizaciones laicistas para denunciar la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos. El fundamento de la pretensión resultaba más bien débil, porque la sentencia de apoyo aludía concretamente a la presencia del crucifijo en el contexto escolar y hacía relación a la situación de los menores. En cualquier caso, la revocación por el TEDH en 2011 de la sentencia anterior, sobre la que descasaba el peso argumentativo de los recurrentes, hizo imposible que los alegatos prosperaran. Los jueces invocan la nueva doctrina *Lautsi* así como la propia del TC español sobre la laicidad positiva, desarrollada en Sentencia de 23 de junio de 2004 y en otras, para rechazar los recursos presentados.

A esta línea responden algunas sentencias que resuelven recursos mediante los que se solicitaba la retirada de cruces de los espacios públicos o se

impugnaban menciones o celebraciones religiosas con ocasión de determinados actos festivos.

Ante el TSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª. Sentencia de 20 mayo 2011 [RJCA 2011 704]) se reclamó la retirada del Cristo de Monteagudo (Murcia), ubicado en el castillo de esa localidad.

Responde la Sala que «en nuestro país, como en tantos otros de similares tradiciones culturales y religiosas a que se ha hecho referencia, se aprecia en multitud de lugares públicos la presencia de símbolos de carácter religioso como crucifijos, monumentos o estatuas representativas de la figura de Cristo similares al que ahora nos ocupa, cuyo mantenimiento no es sino manifestación del respeto a dichas tradiciones y no imposición de unas particulares creencias religiosas, y en tal sentido no pueden entenderse como representativos de posturas de intolerancia hacia el no creyente en las mismas y así debe entenderse cuando de su mantenimiento se trata.

«En definitiva, la neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el art. 16. 3. CE no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país (al margen lógicamente de las consideraciones que deban merecer sus valores artísticos o estéticos) que inevitablemente está cargada de elementos religiosos e ideológicos perfectamente compatibles con el principio de laicidad positiva exigido por la Constitución Española y así, si conforme a la sentencia del TEDH la muestra de símbolos religiosos en aulas de educación es compatible con los derechos de libertad religiosa en sus vertientes positiva y negativa, con mayor razón lo será en espacios en los que en principio no se desarrolla una actuación del Estado más allá del mantenimiento en su caso de un patrimonio histórico, artístico o cultural preexistente».

El TSJ de la Comunidad valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Sentencia de 6 septiembre 2011 [RJCA 2011 767]), frente a la alegación de que «la cruz resulta inconciliable con el derecho fundamental a la aconfesionalidad del Estado (sic) ex. art. 16.3 CE y con la igualdad del art. 14 CE, por cuanto permitir el uso de un espacio público con la estatua referida constituye un privilegio a favor del símbolo católico en comparación con otra confesión religiosa distinta» resuelve en el mismo sentido que el Tribunal de Madrid en la Sentencia anterior y reproduce algunos de sus párrafos. Añade que «la actuación administrativa impugnada no infringe el art. 14 CE al no haberse aportado por la actora el necesario término válido de comparación para apreciar dicha infracción, ni aun en el supuesto de comparación en abstracto con otras confesiones religiosas al no acreditarse que respecto a sím-

bolos de éstas se haya producido retirada alguna, suponiendo idénticas circunstancias en el uso de los mismos».

El TSJ de Murcia, por su parte, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Sentencia de 25 julio 2011 [RJCA 2011 715]) recibe la apelación de la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Colegio de Abogados de Murcia por el que se disponía la celebración de la fiesta de San Raimundo de Peñafort así como la Santa Misa en memoria de los abogados murcianos fallecidos. «La neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el art. 16.3 CE –argumenta la Sala de apelación– no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país (al margen lógicamente de las consideraciones que deban merecer sus valores artísticos o estéticos) que inevitablemente está cargada de elementos religiosos e ideológicos perfectamente compatibles con el principio de laicidad positiva exigido por la Constitución».

El TSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª. Sentencia de 20 abril 2011 [RJCA 2011 742]) afronta el caso de la procesión atea convocada el Jueves Santo. El propósito de los convocantes era, según declaración en entrevista radiofónica, además de «difundir un ideario ateo con valores de racionalidad, fomento del pensamiento crítico, libertad y responsabilidad individuales, rechazo de actitudes fundamentalistas, etc.», infligir «un castigo a la conciencia católica haciendo daño a la misma, sin contemplaciones y siendo consustancial a la propia convocatoria la ofensa a la religión católica». A juicio de la Sala, «no resulta preciso entrar en extensas ni profundas reflexiones para apreciar que la finalidad y materialización de la manifestación representa una clara y frontal infracción de la normativa reguladora del derecho fundamental a la libertad religiosa, art. 16 CE, Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio y Jurisprudencia constitucional recaída al respecto que implica, en el caso presente, la clara infracción del contenido y alcance del derecho de manifestación y reunión amparado por el art. 21 CE y ello sin obviar tampoco la protección que para los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa se concreta en el art. 525 CP». Hay un Voto particular.

El TSJ de Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. Sentencia de 25 febrero 2011 [JUR 2011 342915]) declara que la presencia de un icono de la Virgen del Pilar en el acuartelamiento no pone en entredicho la neutralidad religiosa de la Guardia Civil, sino que refleja, más bien, «una tradición histórica que supone que la aceptación del empleo del icono mariano no se haga por razones de profesión de culto, situándose en un plano donde juegan otros referentes simbólicos y emocionales que no tienen

por qué conectar con el hecho religioso en sí mismo considerado, de la misma forma que, por ejemplo, el miembro de la Magistratura española que recibe la más alta condecoración reservada a los miembros de la comunidad jurídica no interpreta la concesión como el refrendo personal de la santidad de quien da nombre a la misma, ni la denominación de los centros hospitalarios más importantes de la provincia de Sevilla con referencias marianas supone que los Poderes Públicos estén colocando el establecimiento hospitalario bajo la protección de la Virgen.

»Estamos ante un símbolo en principio religioso que el transcurso del tiempo ha incorporado a otra constelación simbólica, donde la concepción misteriosa y sagrada del hijo de Dios queda relegada a un plano ulterior, pasando a primer plano el recordatorio de la Guardia Civil es institución, es decir, sedimento histórico, a la par que realidad actual, alumbrada en un pasado del que no se quiere prescindir, y de que a lo largo del transcurso del tiempo han ido adhiriéndose a su imagen símbolos que expresan con resonancia cultural e histórica más que propiamente confesional.

»Por ello, puesto que apreciamos que la eficacia motivacional que pudiera derivarse de la presencia de la Virgen en los recintos y dependencias de la Guardia Civil es débil dudamos seriamente que el estímulo, perturbación o riesgo de adoctrinamiento que la colocación de un crucifijo en un establecimiento docente había preocupado al TEDH entren aquí en juego como factores a considerar, de igual modo que resulta difícil aceptar que los miembros del Instituto Armado lo juzguen como un enclave confesional que pasa a formar parte del medio, puesto que más que de símbolo ostensible o impactante, cabría hablar de un símbolo sin mensaje, de igual modo que la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2006, al enjuiciar el patronazgo mariano del Colegio de Abogados de Sevilla, concluyó que el reconocimiento de una tradición histórica, aunque vinculada a un hecho religioso, no implica discriminación por razón de religión, porque no impone creencia, culto o práctica religiosa, ni menos aun la incorporación de un dogma de fe a las normas colegiales».

Me refiero, finalmente, al Auto del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Auto de 12 enero 2011 [JUR 2011 40028]) en el que se responde afirmativamente a la petición de suspender de modo cautelar la norma de la Ordenanza que impide el acceso a determinados espacios municipales usando el «burka», al apreciarse que «de otro modo los perjuicios que podrían ocasionarse serán de muy difícil reparación; la suspensión cautelar, en cambio, no genera perjuicio alguno para el interés general o público, pues desde luego la obligación de todo ciudadano de identificarse a requerimiento de autoridad o funcionario legitimado viene impuesta por la

legislación vigente, y por tanto el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana en nada se ven afectados por la suspensión».

13. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 18 marzo de 2011 (TEDH 2011 31) Asunto Lautsi y otros contra Italia.

El 3 de noviembre de 2009, la Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó, en el caso Lautsi contra Italia, que «la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer». A su juicio, esta medida vulnera estos derechos toda vez que «las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación» (apartado 57 de la sentencia), de lo que dedujo que había habido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 en relación con el artículo 9 del Convenio.

El 28 de enero de 2010, el Gobierno italiano solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala, al amparo de los artículos 43 del Convenio y 73 del Reglamento del Tribunal. El 1 de marzo de 2010, el colegio de la Gran Sala acogió esta solicitud. Se autorizó la participación –en lo que se ha considerado un apoyo sin precedentes– de treinta y tres miembros del Parlamento europeo, diversas organizaciones no gubernamentales, así como de los Gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación de Rusia, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y República de San Marino.

No es este el lugar para detenerse en el comentario de la sentencia. La Gran Sala entiende que el crucifijo es un símbolo esencialmente pasivo no asociado a una enseñanza obligatoria del cristianismo, y que, como tal, no tiene carácter coercitivo. La religión católica convive con otras religiones y su visibilidad preponderante en el entorno escolar no constituye adoctrinamiento. El derecho de la demandante de educar y orientar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas se encuentra respetado. Al mantener los crucifijos en las aulas del instituto público al que asistían los hijos de la demandante, «las autoridades obraron dentro de los límites del margen de apreciación de que dispone el Estado demandado en el marco de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en el campo de la educa-

ción y la enseñanza, el derecho de los padres de asegurar esta educación y esta enseñanza de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas».

El Tribunal declara, por quince votos contra dos, que no ha habido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 y que no se plantea ninguna cuestión distinta desde el punto de vista del artículo 9 del Convenio; y, por unanimidad, que no procede examinar la queja relativa al artículo 14 del Convenio.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) de 30 junio 2011 (JUR 2011 223021). Asunto Asociación Testigos de Jehová contra Francia.

Se declara la violación del artículo 9 del Convenio por la aplicación a la Asociación Testigos de Jehová de una normativa imprecisa en materia fiscal, que dificultaba prever las consecuencias derivadas de la recepción de donativos y de la presentación de su contabilidad a la inspección fiscal. El Tribunal señala que el pago de dichos impuestos privaría a los testigos de Jehová de la mayor parte de sus fondos en Francia, impidiendo a los seguidores los medios para la práctica de su fe y que se ha producido una injerencia injustificada en el derecho a la libertad de religión del demandante. Hay Voto particular.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) de 3 noviembre 2011 (TEDH 2011 92). Asunto Dimitras y otros contra Grecia.

Los actores, miembros de una ONG para la defensa de los derechos humanos, intervinieron en procedimientos penales, como testigos, y hubieron de manifestar que «no eran cristianos ortodoxos». En el ordenamiento jurídico procesal griego se contemplan determinadas fórmulas para excusar del juramento pero que obligan en la práctica a revelar las creencias religiosas. El Tribunal declara la violación del artículo 9 del Convenio, que no ampara la indagación sobre las convicciones religiosas ni puede obligar a manifestar las creencias personales respecto a la divinidad. La injerencia estaba prevista por la ley pero no resultaba justificada ni era proporcionada a la finalidad perseguida de la administración de justicia. La doctrina coincidente sustancialmente con la establecida en 2008 en el caso Alexandrinis, abogado forzado a revelar sus convicciones con ocasión del juramento previo al inicio de su actividad profesional. En el presente caso Dimitras, se declara asimismo la violación del artículo 13 del Convenio por la inexistencia de recurso en los tribunales internos para obtener reparación a la vulneración de su derecho.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) de 27 enero 2011 (TEDH 2011 14). Asunto Boychev y otros contra Bulgaria.

Los hechos se remontan al año 1997. La policía búlgara interrumpió una reunión de miembros de la Iglesia de la Unificación (seguidores de «Moon»),

registró el domicilio donde se celebraba y embargó algunos bienes. El Tribunal determina que la injerencia discutida carecía de base legal en el derecho interno según las exigencias del artículo 9 del Convenio, y por lo tanto no estaba «prevista por la Ley» en el sentido de esta disposición. De donde se sigue que no procede continuar el examen de la queja para buscar si la injerencia perseguía un fin legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 7 julio 2011 (TEDH 2011 61). Asunto Bayatyan contra Armenia.

En la sentencia de 27 de octubre de 2009, que da origen al presente recurso, la sala declaró que el artículo 9 no garantizaba el derecho a rechazar el cumplimiento del servicio militar por motivos de conciencia y que, por tanto, esta disposición no era de aplicación al caso.

La Gran Sala revisa ahora la doctrina del Tribunal acerca de la objeción de conciencia al servicio militar, considerando que el Convenio es un «instrumento vivo», que ha de ser «interpretado y aplicado de una manera que los derechos sean prácticos y eficaces y no teóricos e ilusorios». Aunque es conveniente, «en interés de la seguridad jurídica, de la previsibilidad del derecho y de la igualdad ante la Ley, que el Tribunal no se separe, sin un motivo válido, de sus precedentes (...) la negativa a una interpretación dinámica y evolutiva correría el riesgo de ser un obstáculo a toda reforma o mejora». Por tanto, admite examinar la queja del demandante solamente bajo el ángulo del artículo 9 del Convenio.

Reconoce el Tribunal que dicho artículo no habla expresamente del derecho a la objeción de conciencia, si bien «la oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona en la que sus convicciones sinceras y profundas, de naturaleza religiosa u otra, constituyen una convicción que alcanza un grado suficientemente fuerte, serio coherente e importante para implicar la aplicación de las garantías del artículo 9».

Casi la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa que han tenido o tienen todavía un servicio militar obligatorio han puesto en práctica formas de servicio sustitutorio para ofrecer una solución en caso de conflicto entre la conciencia individual y las obligaciones militares. Por tanto, un Estado que todavía no ha tomado medidas en este sentido debe presentar razones convincentes y serias para justificar cualquier injerencia en este ámbito.

El Tribunal considera que el sistema vigente en Armenia al tiempo de plantearse el caso «no mantiene un justo equilibrio entre el interés de la sociedad en su conjunto y el del demandante» y que «existían soluciones susti-

tutorias viables y efectivas propias para compaginar los intereses concurrentes en el presente asunto, así como lo atestiguan las prácticas seguidas por la inmensa mayoría de los Estados europeos».

El Tribunal considera que la condena del demandante responde a una injerencia que no era necesaria en una sociedad democrática, en el sentido del artículo 9 del Convenio, y que ha existido violación de dicho artículo.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) de 3 febrero 2011 (TEDH 2011 18). Asunto Siebenhaar contra Alemania.

La pertenencia activa de la actora a la Iglesia Universal no resulta compatible con su condición de trabajadora en una escuela infantil regentada por una Iglesia protestante. La demandante «no tenía el derecho a pertenecer ni a participar en una organización cuyos objetivos estaban en contradicción con la misión de la Iglesia protestante, la cual podía imponer a sus empleados que se abstuvieran de realizar actividades que hicieran dudar de su lealtad respecto a ella, y que adoptaran un comportamiento profesional y privado de acuerdo con sus exigencias».

La demandante no solo era miembro de la Iglesia Universal sino que ofrecía cursos de iniciación y figuraba como persona de contacto en el formulario de inscripción en cursos de enseñanza fundamentales para «el aprendizaje espiritual superior». La Iglesia protestante podía por ello temer que el compromiso de la demandante tuviera repercusiones en su trabajo y concluyó que «el interés de la demandante de ser mantenida en su puesto debía ceder, por tanto, ante el de la Iglesia protestante de permanecer creíble ante el público y ante los padres de los niños que acudían al jardín de infancia, y de evitar cualquier riesgo de influencia en los niños por una educadora miembro de una confesión que estaba en contradicción con los preceptos de la Iglesia Protestante que gestionaba el jardín de infancia». El Tribunal estima que el artículo 9 del Convenio no imponía en este caso al Estado alemán la obligación de ofrecer a la demandante una protección superior.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) de 17 febrero 2011 (TEDH 2011 24). Asunto Wasmuth contra Alemania.

El demandante alegó que la mención en el impreso del Impuesto sobre la Renta de su no pertenencia a una sociedad religiosa facultada para la exacción del impuesto eclesiástico vigente en Alemania contravenía los artículos 8, 9 y 14 del Convenio.

El Tribunal Constitucional Federal inadmitió el recurso del demandante, sosteniendo que «en el ámbito del derecho relativo al impuesto eclesiástico, la libertad de no declarar las convicciones religiosas está limitada por la propia

Constitución, la garantía de una fiscalidad ordenada prevista en el artículo 137.6 de la Constitución de Weimar. Esta garantía incluye en sí la mención de la pertenencia a una sociedad religiosa en la tarjeta de impuestos sobre el salario y la consiguiente divulgación de dicha pertenencia. Los mismos principios se aplican a la mención “—”. El contribuyente no soporta una carga excesiva simplemente porque con la divulgación de su no pertenencia a una sociedad religiosa facultada para la exacción del impuesto eclesiástico sostenga indirectamente a ésta».

El Tribunal declara la admisibilidad de la demanda en virtud del artículo 9 del Convenio y reconoce que «la obligación impuesta al demandante de facilitar la información a las autoridades fiscales constituye una injerencia en el derecho del demandante a no declarar sus convicciones religiosas», si bien persigue una finalidad legítima, cual es «garantizar los derechos de las iglesias y sociedades religiosas titulares de la facultad de recaudar el impuesto eclesiástico establecido en el Derecho constitucional». Quedaba por resolver la cuestión de la proporcionalidad de la injerencia y el pronunciamiento del Tribunal en este sentido fue que «la obligación impuesta al demandante de facilitar la información en cuestión en la tarjeta de impuestos no constituye, en las circunstancias de la causa, una injerencia desproporcionada. Sin embargo, el Tribunal no excluye que pueda haber situaciones en las que la injerencia en el derecho del interesado a no manifestar sus convicciones religiosas parezca más significativa y en las que la ponderación de los intereses concurrentes pueda llevarlo a una conclusión distinta».

El Tribunal admite también la queja sobre la violación del artículo 8 del Convenio (respeto de la vida privada) y estima que la injerencia estaba prevista por la Ley y guardaba proporción con el fin legítimo perseguido, en el sentido del artículo 8.2 del Convenio. Por tanto, concluye que no hubo violación del artículo 8 del Convenio. La invocación del principio de no discriminación del artículo 14, en cambio, no era pertinente, por no haber agotado las vías de recurso internas.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) de 3 mayo 2011 (TEDH 2011 43). Asunto Negrepontis-Giannisis contra Grecia.

El acto de adopción de un hijo por parte de un obispo griego de la Iglesia Ortodoxa Oriental, que ostenta a la vez la condición monacal, realizado en Estados Unidos, no encontró reconocimiento en Grecia y el adoptado no puede recibir la herencia a la muerte del causante.

Se declara la violación del artículo 8 del Convenio, sobre el respeto de la vida privada y familiar, así como del artículo 14 en conexión con el anterior,

sobre la no discriminación, del artículo 6, sobre el derecho a un proceso equitativo y del artículo 1 del Protocolo 1 sobre el derecho de propiedad. A los efectos de esta crónica interesa singularmente la argumentación del Tribunal acerca de la no discriminación.

A lo largo del itinerario litigioso se discute acerca de la interpretación de los «cánones apostólicos y tradiciones sagradas» en relación con la posibilidad de la adopción por parte de quien ostenta la condición de monje. El Tribunal de casación, finalmente, declaró que «la adopción realizada por un monje es contraria al orden público, incluso si ha dejado la orden (...) el motivo en cuestión se rechaza por inestimable y es inadmisibile».

El Tribunal europeo considera que los motivos esgrimidos por el Tribunal de casación para rechazar el reconocimiento de la adopción del demandante, «no responden a una necesidad social imperiosa. Por tanto no son proporcionales a la finalidad legítima que persiguen y que tuvieron como resultado la negación de la condición de hijo adoptivo del demandante».